

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB110010-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. M. Schaffitz, Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie  
Gerichtsschreiber lic. iur. Ch. Büchi

## Beschluss vom 18. Januar 2012

in Sachen

A. \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

1. **Stadt Zürich,**

2. C. \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung / Haftpflichtprozess mit Personenschäden**

**Berufung gegen eine Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom  
22. Dezember 2010 (CG080192)**

**Rechtsbegehren (Urk. 8/3 S. 10):**

"Es seien die Beklagten 1 und 2 solidarisch zu verpflichten, dem Kläger CHF 35'000.00 nebst Zins zu 5% seit 30. April 2008 – Nachklage vorbehalten – zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. Dezember 2010 (Urk. 3):**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'350.--. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, beiden Beklagten je eine Prozessentschädigung von Fr. 8'880.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
6. [Rechtsmittel]

**Berufungsanträge:**

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 22. Dezember 2010 vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei die Angelegenheit zur Beurteilung des Quantitativs an das Bezirksgericht Zürich zurückzuweisen.
3. Eventuell sei das Beweisverfahren durch die Berufungsinstanz zu ergänzen; subeventuell sei die Angelegenheit zur Ergänzung des Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten. "

der Beklagten und Berufungsbeklagten 1 (Urk. 12):

"[D]ie Berufung sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers."

der Beklagten und Berufungsbeklagten 2 (Urk. 11):

"Der angefochtene Entscheid sei zu bestätigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers."

**Erwägungen:**

I.

1. Der am tt.mm.jjjj geborene Kläger war am 14. Juni 2007 zu Fuss mit einem Begleiter (dem Zeugen D.\_\_\_\_\_) auf dem Trottoir der E.\_\_\_\_strasse in ... Zürich tal- bzw. stadteinwärts unterwegs. Auf der Höhe der Einfahrt zur Baustelle des damals im Bau befindlichen "F.\_\_\_\_\_" (Galerie- und Konferenztrakt) rutschte der Kläger in einer Rechtskurve auf dem in diesem Bereich durch ein- und ausfahrende Lastenwagen mit Sand und Staub verschmutzten Trottoir aus und stürzte halbwegs zu Boden, wobei er von seinem Begleiter aufgefangen werden konnte (Urk. 8/3 S. 3, Urk. 8/13 S. 2, Urk. 8/45 S. 3, Urk. 3 S. 13 f., S. 18, Urk. 11 S. 3, Urk. 12 S. 2, S. 4 f., Urk. 8/29, Urk. 8/39/7, Urk. 8/88 S. 2; Prot. I S. 31). Dabei zog er sich Verletzungen am (bereits dreimal operierten) rechten Knie zu (Urk. 8/3 S. 3, Urk. 8/13 S. 3, Urk. 8/45 S. 5). Der gleichentags konsultierte Arzt äusserte

den Verdacht auf "Kniebinnenläsion rechts" (Urk. 8/4/4). Der Kläger wurde vom 14. Juni bis 16. Juni 2007 zu 100%, vom 17. Juni bis 9. Juli 2007 zu 50% und ab 10. Juli bis 15. Dezember 2007 zu 25% arbeitsunfähig geschrieben (Urk. 8/4/6-8).

2. Mit seiner am 8. Oktober 2010 bei der Vorinstanz eingereichten Klageschrift klagte der Kläger gegen die Beklagte 1 als Werkeigentümerin (gestützt auf Art. 58 OR) und gegen die Beklagten 2 als leitende und für die Reinigung des öffentlichen Grundes zuständige Baufirma (gestützt auf Art. 41 OR) auf Leistung von Schadenersatz und Genugtuung. Er bringt vor, die Beklagte 2 habe ihre Reinigungspflichten und die Beklagte 1 ihre Unterhaltspflichten offensichtlich nicht erfüllt (Urk. 8/3 S. 5 und S. 9, Urk. 8/38 S. 17). Bereits im Januar 2005 habe es auf der gleichen Baustelle Probleme wegen der Verschmutzung des öffentlichen Grundes gegeben (Urk. 8/3 S. 4). Die auf dem Trottoir liegende Schmutzschicht (trockener, feinkörniger Sand) sei die Ursache für seinen Sturz gewesen (Urk. 8/38 S. 2 f.). Eine Absperrung habe es nicht gegeben (Urk. 8/38 S. 10). Im einzelnen machte er folgende Positionen geltend, wobei er die Klagesumme im Sinne einer Teilklage auf Fr. 35'000.– beschränkte (Urk. 8/3 S. 5 ff.):

- Ersatz des Schadens seiner Arbeitgeberin (G.\_\_\_\_\_), bestehend aus der Differenz zwischen dem ihm ausbezahlten Lohn und den Taggeldern und Ergänzungsleistungen, die der Arbeitgeberin von der SUVA und der Krankenkasse ausbezahlt wurden (gestützt auf die Abtretungserklärung vom 17. Juni 2008) Fr. 27'860.45
- Ersatz des Haushaltsschadens Fr. 3'570.00
- Genugtuung Fr. 5'000.00

Nach Durchführung des Hauptverfahrens erging am 7. April 2010 der Beweisaufgabebeschluss (Urk. 8/51). Im Beweisabnahmebeschluss vom 17. Mai 2010 nahm die Vorinstanz nur zu folgenden Beweisthemen die von den Parteien offerierten Beweismittel ab (Urk. 8/69):

- dass das Trottoir im Bereich der Baustellenausfahrt F.\_\_\_\_ am 14. Juni 2007 mit einer mehrere Zentimeter dicken Schmutzschicht, bestehend aus trockenem, feinkörnigem Sand bedeckt war (Beweissatz 2.1);
- dass das Trottoir im Bereich der Baustellenausfahrt F.\_\_\_\_ am 14. Juni 2007 bedingt durch diese Schmutzschicht „äusserst rutschig“ war (Beweissatz 2.2);

- dass bei der Begehung des Trottoirs im Bereich der Baustellenausfahrt F.\_\_\_\_\_ am 14. Juni 2007 die "äusserst rutschige" Dreckschicht nicht erkennbar war (Beweissatz 2.3);
- dass die Beklagte 2 den Gehweg an der E.\_\_\_\_\_strasse je nach Verschmutzungsgrad mehrmals täglich hat reinigen lassen (Beweissatz 5).

An der Beweisverhandlung vom 25. August 2010 wurde der Kläger persönlich befragt sowie die Zeugen D.\_\_\_\_\_ (Begleiter des Klägers) und H.\_\_\_\_\_ (Bauführer der Beklagten 2) einvernommen (Prot. I S. 18 ff.). Nachdem die Parteien zum bisherigen Beweisergebnis Stellung genommen hatten (Urk. 8/88, Urk. 8/92, Urk. 8/94), wies die Vorinstanz mit Urteil vom 22. Dezember 2010 die Klage ab.

3. Das ihm am 10. Januar 2011 zugestellte Urteil (Urk. 8/97) focht der Kläger rechtzeitig am 9. Februar 2011 mit Berufung an (Urk. 2). Der einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– wurde fristgerecht geleistet (Urk. 9). Die Berufungsantworten datieren vom 12. und 13. April 2011 (Urk. 11 und 12). Sie wurden mit Verfügung vom 20. April 2011 dem Kläger zugestellt (Urk. 13).

## II.

1. Die Vorinstanz sah es als bewiesen an, dass die E.\_\_\_\_\_strasse und das Trottoir bei der Baustellenausfahrt, wo der Kläger ausrutschte, mit einer sichtbaren und damit auch erkennbaren Menge Sand und Staub bedeckt war. Dabei sei es – so die Vorinstanz weiter – trocken gewesen. Unbewiesen blieb für die Vorinstanz, dass die Schicht mehrere Zentimeter dick und äusserst rutschig war. Sie hielt dafür, die E.\_\_\_\_\_strasse sei an der fraglichen Stelle rutschiger gewesen als eine frisch gewischte Strasse, wobei eine sichtbare Menge trockener Sand oder Staub nicht zu äusserst rutschigen Verhältnissen führe (Urk. 3 S. 14).

Aufgrund der Aussagen des zuständigen Bauführers der Beklagten 2 ging die Vorinstanz davon aus, dass die Beklagte 2 die E.\_\_\_\_\_strasse mehrmals täglich (nicht nur gegen Feierabend sondern auch tagsüber) reinigen liess. Sie sei dabei nicht nach einem festen Plan vorgegangen (z.B. Reinigung jeweils um 10.00 Uhr, 13.00 Uhr und 16.00 Uhr), sondern habe die Strasse bei Bedarf gerei-

nigt, woraus folge, dass sie Staub und Sand auf der E.\_\_\_\_\_strasse jeweils während kurzer Zeit geduldet habe (Urk. 3 S. 16 f.).

Die Vorinstanz erwog, die Anforderungen an den Strassenunterhalt müssten letztlich dieselben sein, unabhängig davon, ob die Deliktshaftung (Art. 41 Abs. 1 OR) oder die Werkeigentümerhaftung (Art. 58 Abs. 1 OR) in Frage stehe (Urk. 3 S. 20). § 27 des kantonalen Strassengesetzes (StrG; LS 722.1), das die Pflichten Dritter regelt, führe nicht dazu, dass sich die Beklagte 1 der Verantwortung für den Strassenunterhalt entziehen könne (Urk. 3 S. 17). Doch würden weder das kantonale Strassengesetz noch die Baubewilligungen für den Umbau des F.\_\_\_\_\_ konkret sagen, was für die Sauberkeit der E.\_\_\_\_\_strasse vorzukehren sei (Urk. 3 S. 18). Der Kläger und der Zeuge seien in ein Gespräch vertieft gewesen. Es sei nicht so gewesen, dass sie ausgerutscht wären, obwohl ihre Aufmerksamkeit auf die Strasse gerichtet gewesen sei (Urk. 3 S. 14). Eine Strasse, die mit trockenem Sand und Staub bedeckt sei, lasse sich mit etwas Vorsicht ohne weiteres begehen. Auch wenn die E.\_\_\_\_\_strasse an der fraglichen Stelle eine Kurve mache und wegen der Verschmutzung etwas rutschiger als eine saubere Strasse gewesen sei, habe sich die Gefahr für einen Fussgänger rechtzeitig erkennen lassen. Auch ein Ausweichen wäre möglich gewesen, da die Strasse nur zu drei Viertel verschmutzt und nicht stark befahren gewesen sei. Der Sand und Staub habe einen Zustand geschaffen, der mit etwas Vorsicht zu bewältigen gewesen wäre. Mit dem Ausrutschen des Klägers habe sich das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht. Es sei nicht Folge eines Werkmangels gewesen (Urk. 3 S. 18 f.).

Auch wenn auf der E.\_\_\_\_\_strasse eine gefährlicher Zustand geschaffen worden wäre, sei sie nicht mangelhaft unterhalten gewesen. Vorübergehende gefährliche Zustände auf öffentlichen Strassen seien hinzunehmen. Die Beklagte 2 habe die E.\_\_\_\_\_strasse mehrmals täglich reinigen lassen. Eine Reinigung in regelmässigen Zeitabständen sei der Reinigung nach Ermessen des Poliers auf der Baustelle nicht vorzuziehen. Nur bei permanenter Überwachung und Reinigung mit Besen und Schlauch hätte die E.\_\_\_\_\_strasse sauberer gehalten werden können. Das Mass an Sauberkeit, das so zu erreichen gewesen wäre, übersteige jedoch das auf öffentlichen Strassen Übliche und Erforderliche. Wo das asphal-

tierte Strassennetz an Naturstrassen angrenze, schleppten Fahrzeuge Sand und Staub auf die Fahrbahn, was aber nicht dazu führe, dass solche Strassenabschnitte laufend überwacht würden. Das dadurch entstehende geringfügig erhöhte Risiko habe der Strassenbenützer zu tragen. Auch wenn Laub oder Hundekot auf der Strasse lägen, sei es etwas rutschiger als gewohnt. Der Werkeigentümer komme seinen Verkehrssicherungspflichten nach, wenn er solche Risiken durch periodische Reinigung begrenze. Dies sei auch auf der E.\_\_\_\_strasse geschehen. Durch die Fahrzeuge, die von der Baustelle Sand und Staub auf die E.\_\_\_\_strasse geschleppt hätten, sei jedenfalls bei schönem Wetter kein so grosses Risiko geschaffen worden, dass ein Arbeiter die Stelle permanent hätte überwachen und putzen müssen. Gemäss Art. 58 OR könne nur der verhältnismässige Strassenunterhalt verlangt werden. Die Kosten müssten in einem vernünftigen Verhältnis zur Verringerung des Risikos stehen. Wenn es nur darum gehe, ein Risiko auszuschliessen, das auch andernorts vorübergehend hingenommen werde, könne der permanente Einsatz eines Arbeiters für die Überwachung nicht verlangt werden. Der Kläger fordere zudem, die Fahrzeuge hätten vor dem Verlassen der Baustelle mit einer Radwaschanlage gewaschen werden müssen. Dies wäre indes nur bei nassem Wetter, wenn sich Dreck an den Lastwagenrädern sammle, von Nutzen gewesen. Eine Radwaschanlage ändere aber nichts daran, dass die Fahrzeuge einige Meter auf unversiegeltem Boden fahren und Staub und Sand auf die Strasse schleppen würden. Nasse Reifen hätten das Problem vielleicht sogar verschärft. Die periodische Reinigung sei die angemessene Massnahme zur Begrenzung des Risikos gewesen. Damit sei die E.\_\_\_\_strasse nicht mangelhaft unterhalten worden, womit eine Haftung der Stadt Zürich als Werkeigentümerin und der Beklagten 2 entfallen würden (Urk. 3 S. 19 f.).

2. Mit seiner Berufung rügt der Kläger, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht korrekt abgeklärt und ihrem Entscheid unrichtige Feststellungen zugrunde gelegt (Urk. 2 S. 4): Eine Schmutzschicht, auf welcher sowohl der Kläger als auch der Zeuge D.\_\_\_\_ gleichzeitig ins Rutschen geraten seien, bilde zweifellos einen nicht alltäglichen, gefährlichen Zustand (Urk. 2 S. 8). Wenn die Vorinstanz dafür-

halte, von einer äusserst rutschigen Schicht könne nicht gesprochen werden, beurteile sie technische Belange, ohne die dazu notwendigen technischen Beweismittel abzunehmen (Urk. 2 S. 7). Indem sie zudem wesentliche Erkenntnisse der Schweizerischen Beratungsstelle für Unfallverhütung (bfu) übergehe, verweigere sie dem Kläger das rechtliche Gehör. In jedem Fall sei ein Gutachter besser als das nicht fachkundige Gericht in der Lage, sich über die Rutschgefahr vor Ort auszusprechen (Urk. 2 S. 9). Die Vorinstanz lasse sodann ausser Acht, dass der Kläger und der Zeuge D.\_\_\_\_\_ – trotz üblicher Aufmerksamkeit und Vorsicht – überraschend auf die verschmutzte Stelle gelangt seien (Urk. 2 S. 8).

Auch mit Bezug auf die Reinigung des Trottoirs habe die Vorinstanz Feststellungen getroffen, die weder durch das Beweisergebnis noch durch richterliches Fachwissen erhärtet seien. Die Aussage des Zeugen H.\_\_\_\_\_ sei untauglich, weil er kaum eigene Wahrnehmungen zur Häufigkeit und Art der Reinigung habe machen können. Es sei unverständlich, weshalb die Beklagte 2 nicht den direkt vor Ort anwesenden und unmittelbar reinigungsverantwortlichen Polier als Zeugen angerufen habe. Die Vorinstanz wiederum stelle die Tauglichkeit von betonierten Wassergruben in Frage, wie sie bei grösseren Baustellenausfahrten häufig vorgeschrieben würden. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Beklagte 1 die für die (untere) Baustellenausfahrt des F.\_\_\_\_\_ (Hauptgebäude) in den Jahren 2004/2005 gemachten Auflagen (betonierte Wassergrube und nötigenfalls Abspritzen der Räder mit einem Schlauch) nicht auch für die hier interessierende (obere) Baustellenausfahrt angeordnet habe. Eine routinemässige Reinigung der E.\_\_\_\_\_strasse samt Trottoir mit dem Fahrzeug am Abend sei nicht genügend. Ebensowenig reiche es aus, wenn die E.\_\_\_\_\_strasse täglich mehrmals gereinigt werde. Bei intensiver Nutzung des öffentlichen Grundes durch die Ausfahrt einer grossen Baustelle sei es dem Verursacher von Verschmutzungen ohne weiteres zumutbar, ständig, d.h. bei jeder Ausfahrt eines Lastwagens, den öffentlichen Grund zu reinigen oder überhaupt keinen Schmutz auf den öffentlichen Grund zu bringen. Dies werde durch die oben erwähnten Auflagen bestätigt. In keinem Fall dürften die Strasseneigentümer – auch nur für kürzere Zeit – eine flächendeckende Verschmutzung akzeptieren (Urk. 2 S. 10 ff.). Aufgrund der ungenügenden

Reinigung habe die fragliche Stelle eine erhebliche Rutschgefahr aufgewiesen. Sowohl der Kläger als auch der Zeuge D. \_\_\_\_\_ seien beim ersten Schritt auf der Schmutzschicht ins Rutschen geraten. Die Feststellung der Vorinstanz, der Kläger hätte die Verschmutzung rechtzeitig erkennen und ihr ausweichen können, lasse sich ohne Augenschein nicht treffen. Die Strasse mache in jenem Bereich eine enge Kurve. Es fehle der Nachweis, dass der Kläger oder der Zeuge D. \_\_\_\_\_ un- aufmerksam oder unvorsichtig gewesen seien. Vorliegend habe sich nicht ein all- gemeines Lebensrisiko verwirklicht. Bei einem derart verschmutzten Trottoir kön- ne nicht von einem gewöhnlichen, für den Benutzer vorhersehbaren Zustand ge- sprochen werden. Der Fussgänger müsse bei warmem, trockenen Wetter nicht mit einem derart rutschigen Untergrund rechnen. Der gefährliche Zustand sei da- rauf zurückzuführen, dass die Beklagte 2 ihrer Reinigungspflicht bei Benützung des öffentlichen Grundes nicht nachgekommen sei (Urk. 2 S. 15). Die Beklagte 1 hätte durch entsprechende Auflagen der Verschmutzung begegnen können. Für die mangelnde Reinigung des Dritten habe die Beklagte 1 einzustehen (Urk. 2 S. 13 f.).

3. Die Beklagte 1 schloss sich in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht den vorinstanzlichen Erwägungen an und ergänzte, die Akten würden den Schluss, dass sehr wahrscheinlich eine baustellentypische, aber nicht mehrere Zentimeter dicke Schicht von Sand und Staub auf dem Trottoir gelegen habe, bestätigen. Die erweiterten Beweisanträge des Klägers seien als nutzlos abzuweisen. Aufgrund der Aussagen des Klägers und des Zeugen D. \_\_\_\_\_ sei auch der vorinstanzliche Schluss, die Rutschgefahr sei erkennbar gewesen, nicht zu beanstanden. Die Be- klagte 1 habe die Unterhaltspflichten betreffend den ordentlichen Zustand des öf- fentlichen Grundes angrenzend zur Baustelle verwaltungsrechtlich auf die Bau- herrschaft und damit auf die Beklagte 2 übertragen. Die Beklagte 1 habe jeden- falls die vernünftigerweise vertretbaren Massnahmen vorgekehrt, indem sie die bedarfsgerechte tägliche Reinigung der Bauherrschaft und damit der Beklagten 2 aufgetragen habe. Der Strassenunterhalt sei im Sommer 2007 durch die ordentli- che wöchentliche Reinigung des ERZ und die bedarfsgerechte, mehrmalige tägli- che Reinigung durch die Beklagte 2 hinreichend gewährleistet gewesen. Die im

Jahre 2004/2005 eingegangenen Reklamationen würden mit der Klage weder zeitlich noch sonst einen Zusammenhang aufweisen. Es könne nicht von Bedeutung sein, ob nicht doch besser eine Radwaschanlage hätte installiert werden sollen. Mit Bezug auf eine Haftung der Beklagten könne es nicht darauf ankommen, auf welche Art und Weise der Schmutz bei der Baustellenausfahrt beseitigt worden sei. Die festgestellte mehrmalige tägliche Reinigung habe hinreichende Sicherheit für den gewöhnlichen Benutzer des Trottoirs geboten. Die Forderung des Klägers, das Trottoir hätte nach jeder Ausfahrt eines Lastwagens blank geputzt werden müssen, sei übertrieben. Eine sofortige und permanente Beseitigung der Schmutzspuren bei ausfahrenden Lastwaren sei weder der Werkeigentümerin noch der Beklagten 2 zuzumuten gewesen (Urk. 12 S. 2 ff.).

4. Die Beklagte 2 ist der Auffassung, dass die Vorinstanz Art und Umfang der Verunreinigung auf dem Trottoir der E.\_\_\_\_\_strasse korrekt festgestellt hat. Von einem dadurch geschaffenen gefährlichen Zustand könne nicht gesprochen werden. Aus dem Umstand, dass der Kläger ausgerutscht sei, lasse sich nicht ableiten, dass der Zustand des Trottoirs das alltägliche Risiko des Fussgängers überstiegen habe. Nicht nur blank gefegte Verkehrsflächen seien gebrauchstauglich. Ein Verschulden ihrer Organe sei nicht ansatzweise behauptet worden. Auch habe der Kläger nicht dargelegt, inwiefern ein Fehlverhalten eines Mitarbeiters der Beklagten 2 für seinen Sturz verantwortlich sei. Die Frage, ob die zwei besonderen Befreiungsgründe des Art. 55 OR vorliegen würden, könne sich daher nicht stellen (Urk. 11).

### III.

1. Das angefochtene Urteil wurde den Parteien am 10. Januar 2011 zugestellt (Urk. 8/97, Urk. 8/98a+b). Damit ist auf das Berufungsverfahren die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008 anzuwenden (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz hatte für das erstinstanzliche Verfahren die bisherige zürcherische Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) anzuwenden (Art. 404 Abs. 1

ZPO). Die Berufungsinstanz überprüft das erstinstanzliche Verfahren aufgrund des bisherigen kantonalen Verfahrensrechts.

2. a) Was die Beklagte 2 angeht, sieht der Kläger die Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 OR (allgemeine Deliktshaftung) in der Schaffung einer gefährlichen Situation bzw. in einer rechtswidrigen Unterlassung (Urk. 8/3 S. 9: "Durch ihr untätig sein [fehlende Reinigung], hat sie einen gefährlichen Zustand geschaffen"). Konkret wirft er der Beklagten 2 vor, sie habe die Lastwagen ungereinigt auf die Strasse entlassen sowie die Strasse und das Trottoir nicht ausreichend gereinigt (Urk. 8/3 S. 4). Widerrechtlichkeit durch Unterlassen hängt vom Bestand einer Garantenstellung und der Missachtung einer daraus fliessenden Handlungspflicht, somit aus dem Verstoss gegen eine Schutznorm, ab. Konkrete Handlungspflichten können sich aus positiven Verhaltensnormen des Privat-, Verwaltungs- oder Strafrechts ergeben. Sie lassen sich aber auch dem ungeschriebenen Recht entnehmen. Nach dem sog. Gefahrensatz muss derjenige, der einen Zustand schafft, der andere schädigen könnte, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Schutzmassnahmen ergreifen (BGE 130 III 195, BGE 126 III 114 f., BGE 115 II 19 f.; BSK OR I-Schnyder N 37 f. zu Art. 41 OR). Bei gegebener Garantenstellung und Handlungspflicht hat der belangte Schädiger die gebotene Handlung und nicht der Geschädigte deren Unterlassung zu behaupten und zu beweisen (BGE 115 II 15, 20; BGE 21 523; BSK ZGB I-Schmid, N 62 zu Art. 8 ZGB; BK-Becker, N 51 zu Art. 41 OR; a.M. BK-Kummer, N 243 zu Art. 8 ZGB). In diesem Punkt irrt die Beklagte 2 (Urk. 8/44 S. 5 Ziff. 3, S. 7 Ziff. 2).

b) Soweit es die Beklagte 1 betrifft, beruft sich der Kläger auf mangelnden Unterhalt im Sinne von Art. 58 OR (Werkeigentümerhaftung) und damit ebenfalls auf eine Unterlassung. Konkret wirft er der Beklagten 1 vor, sie habe den Reinigungszustand der Baustellenausfahrt nicht kontrolliert und selbst nur ungenügend gereinigt (Urk. 8/3 S. 4, S. 9; Urk. 8/38 S. 10). Ob der Strassenunterhalt durch das Gemeinwesen mangelhaft ist, ergibt sich aus allfälligen kantonalen öffentlichen-rechtlichen Vorschriften über den Strassenunterhalt. Fehlen kantonale Normen, liegt mangelhafter Unterhalt dann vor, wenn sich die erforderliche Massnahme als elementare Notwendigkeit aufdrängte, wobei sich die Notwendigkeit auch danach

beurteilt, was dem Gemeinwesen zumutbar ist (BK-Brehm, N 192 ff. zu Art. 58 OR, mit Verweis auf BGE 76 II 215, 218 ). Es muss in jedem einzelnen Fall geprüft werden, ob der Strasseneigentümer nach den zeitlichen, technischen und finanziellen Gegebenheiten in der Lage war, seine Aufgabe zu erfüllen (BGE 130 III 743 und dort zitierte Entscheide). Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit spielt auch die Intensität des Mangels und die vom Benutzer zu beachtende Vorsicht eine Rolle. Das Werk muss nicht narrensicher sein, sondern soll bei vernünftigem Gebrauch gefahrlos benutzt werden können, wobei von älteren Fussgängern ein geringeres Mass an Aufmerksamkeit gefordert wird (BK-Brehm, N 85, N 88, N 209 und N 226 zu Art. 58 OR). Bei Glätteisunfällen billigt die Praxis (über den Wortlaut von Art. 58 OR hinaus) dem Gemeinwesen den Nachweis zu, es habe alle sich aufdrängenden und auch zumutbaren Vorsichtsmassnahmen (betreffend Unterhalt und Überwachung) getroffen, oder die Massnahmen hätten den Unfall infolge Zeitmangels nicht mehr verhüten können (BK-Brehm, N 210 zu Art. 58 OR mit Verweis auf Kuttler, Zur privatrechtlichen Haftung des Gemeinwesens als Werk- und Grundeigentümer, ZBI 77 [1976] 428).

3. a) Die Vorinstanz hat die Verantwortlichkeit der Beklagten 1 im Lichte von § 27 Abs. 1 StrG sowie anhand der Gefährlichkeit der E.\_\_\_\_strasse und der vom Kläger zu fordernden Eigenverantwortung beurteilt. Sie hat einen ausreichenden Unterhalt durch das Gemeinwesen festgestellt und daraus geschlossen, eine Haftung der Beklagten 2 sei – da die Anforderungen an den Strassenunterhalt im Rahmen von Art. 41 und Art. 58 OR letztlich dieselben sein müssten – damit ebenfalls ausgeschlossen (Urk. 3 S. 17 ff.). Dabei hat die Vorinstanz positive, die Beklagte 2 treffende Verhaltensnormen und weitere Bestimmungen im Zusammenhang mit Baustellen übergangen. Da das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 57 ZPO, § 57 Abs. 1 ZPO/ZH), schadet es dem Kläger nicht, dass er diese Verhaltensnormen in seinen Vorträgen nicht erwähnt hat.

b) Gemäss Art. 4 Abs. 1 SVG dürfen Verkehrshindernisse nicht ohne zwingende Gründe geschaffen werden; sie sind ausreichend kenntlich zu machen und möglichst bald zu beseitigen. Diese Bestimmung richtet sich an sowohl an Private als auch an den Staat bzw. die Gemeinden als Strasseneigentümer (Giger,

Komm. SVG, N 1 zu Art. 4 SVG). Ihr lässt sich jedoch nichts über die Modalitäten der Überwachung der Einhaltung der Verpflichtung zur Signalisation von Verkehrshindernissen und deren schnellstmögliche Beseitigung entnehmen. Die Signalisationsverordnung (SSV) statuiert zwar den Grundsatz einer Überwachung von Baustellen auf öffentlichen Strassen und ihren Bereichen durch die vom kantonalen Recht bestimmte zuständige Behörde oder das Bundesamt und gibt den Behörden Weisungsgewalt gegenüber den Bauunternehmern. Doch enthält auch die SSV keine näheren Vorschriften über die Intensität und die Häufigkeit der Überwachung sowie über ihren Umfang. Das schliesst die Verantwortung von Dritten, z.B. Bauunternehmen, für mangelhafte Signalisation von Hindernissen und deren Beseitigung aber selbst dann nicht aus, wenn diese auf mangelhafte Weisungen an die Arbeitnehmer oder ungenügende Überwachung zurückzuführen ist. Die Verpflichtung namentlich des Bauunternehmers, Baustellen zu signalisieren, welche Verkehrshindernisse im Sinne von Art. 4 Abs. 1 SVG darstellen, und die Baustellen laufend zu überwachen, ergibt sich auf der Stufe des Bundesrechts bereits aus dem sog. Gefahrensatz. Bei der Beurteilung der Frage, ob der Täter (insbesondere der Baustellenpolier) seine Sorgfaltspflicht verletzt hat, kann auf Verordnungen zurückgegriffen werden, die der Unfallverhütung und der Sicherheit im Strassenverkehr dienen, wobei ein Verstoss gegen die in solchen Verordnungen enthaltenen Vorschriften in aller Regel auf eine Sorgfaltswidrigkeit schliessen lässt (Weissenberger, Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Zürich/St. Gallen 2011, N 4 zu Art. 4 SVG, mit Verweis auf die Rechtsprechung).

c) Durch die Fahrzeuge dürfen Fahrzeugführer, Mitfahrende und andere Strassenbenützer nicht gefährdet werden (Art. 29 SVG). Zum Schutz des Verkehrs bestimmt Art. 59 Abs. 1 VRV konkretisierend, dass Fahrzeugführer jede Beschmutzung der Fahrbahn zu vermeiden haben. Bevor ein Fahrzeug Baustellen, Gruben oder Äcker verlässt, sind die Räder zu reinigen. Ist eine Fahrbahn beschmutzt worden, so ist für die Warnung der andern Strassenbenützer und möglichst bald für die Reinigung zu sorgen. Unter *Fahrbahn* ist zwar lediglich der dem Fahrverkehr dienende Teil der Strasse zu verstehen (Art. 1 Abs. 4 VRV). Das Trottoir ist den Fussgängern vorbehalten (Art. 43 Abs. 2 SVG). Da die Fahr-

zeugführer das Trottoir nicht befahren dürfen, erklärt sich von selbst, dass sie die Funktionstüchtigkeit der Fahrbahn zu respektieren haben. Bei einem schützenswerten Bedürfnis darf das Trottoir aber ausnahmsweise auch von Fahrzeugführern überquert werden, wobei sie gegenüber den Fussgängern zu besonderer Vorsicht verpflichtet sind (Art. 41 Abs. 2 VRV). Auch Fussgänger gelten als Strassenbenützer (Art. 1 Abs. 1 VRV). Ziff. 5 Abs. 9 der Weisung des UVEK über die Temporäre Signalisation auf Haupt- und Nebenstrassen (= SN 640866 des Schweizerischen Verbandes der Strassen- und Verkehrsfachleute [VSS]) sieht vor, dass bei Baustellen auf und unmittelbar neben der Fahrbahn auch der Fussgänger- und Fahrradverkehr sicherzustellen ist und bei der Aufstellung von Signalen und Abschrankungen vor allem auch die Bedürfnisse von geh- oder sehbehinderten Personen zu berücksichtigen sind (Art. 9, Art. 80 Abs. 5 und Art. 115 SSV in Verbindung mit Art. 2 lit. p der [im Zeitpunkt des Unfalls geltenden] Verordnung des UVEK über die auf die Strassensignalisation und auf Strassenreklamen für Tankstellen anwendbaren Normen vom 4. August 2003 [AS 2003 2574], ersetzt per 1. August 2007 durch die Verordnung des UVEK über die auf die Signalisation von Strassen, Fuss- und Wanderwegen anwendbaren Normen [SR 741.211.5]). Die in Art. 59 Abs. 1 VRV zum Schutz der Fahrbahn aufgestellte Bestimmung ist daher weit auszulegen. Soweit Fahrzeugführer das Trottoir benutzen dürfen, muss sie im Analogieverfahren auch auf Trottoirs ausgedehnt werden und damit generell für den Strassenbereich anwendbar sein. Die entsprechende Vorschrift in § 32 Abs. 1 der deutschen Strassenverkehrs-Ordnung ("Es ist verboten, die Strasse zu beschmutzen oder zu benetzen oder Gegenstände auf Strassen zu bringen oder dort liegen zu lassen, wenn dadurch der Verkehr gefährdet oder erschwert werden kann. Der für solche verkehrswidrige Zustände Verantwortliche hat sie unverzüglich zu beseitigen und sie bis dahin ausreichend kenntlich zu machen [...]") schützt ausdrücklich "die Strasse" vor verkehrsfremden Eingriffen und versteht darunter auch Fusswege, Gehwege und Bürgersteige (vgl. Jäger, Heidelberger Kommentar zum Strassenverkehrsrecht, N 10 zu § 32 StVO).

d) Es ist urkundlich belegt und nicht bestritten, dass die Verschmutzung der E.\_\_\_\_\_strasse im Bereich der unteren Baustelleneinfahrt zu Beginn des Jahres

2005 Gegenstand einer Bausitzung war. Mit E-Mail vom 12. Januar 2005 fasste K.\_\_\_\_\_ von der Firma L.\_\_\_\_\_ (Baubüro F.\_\_\_\_\_) gegenüber M.\_\_\_\_\_ (...), N.\_\_\_\_\_ (ERZ) und O.\_\_\_\_\_ (Beklagte 2) die Besprechung vom 7. Januar 2005 folgendermassen zusammen (Urk. 8/4/9): Die Anwohnerschaft und ERZ/Stadtpolizei seien mit der Verschmutzung der E.\_\_\_\_\_strasse im Zusammenhang mit dem Objekt F.\_\_\_\_\_ nicht einverstanden. Bis zum 10. Januar 2005 sei deshalb sicherzustellen:

- "- Reinigung der Strasse laufend (E.\_\_\_\_\_strasse und Anschlussstrassen je nach noch vorhandener Verschmutzung)
- Ausfahrt aus Baustelle in E.\_\_\_\_\_strasse:  
Lastwagen sind über eine Radreinigung zu führen (wird momentan mit einer betonierten Wassergrube sichergestellt. Wenn Diese nicht ausreicht, sind die Räder noch zusätzlich mit einem Schlauch abzuspitzen.
- Schlammsammler inkl. Leitung zu Hauptkanal monatlich kontrollieren und reinigen.
- Das ERZ behält sich ausdrücklich vor, wenn die Reinigung nicht sichergestellt ist, eine Reinigung auf Kosten des Unternehmers zu veranlassen. Allenfalls notwendige Salzeinsätze hervorgerufen aus der Reinigung der Strasse gehen zu Lasten des Unternehmers.

Anzumerken gilt: bis und mit 12.01.05 ist die Strasse in einem sauberen Zustand."

4. a) Gemäss dem Zeugen D.\_\_\_\_\_, der an der fraglichen Stelle ebenfalls (mit einem Fuss) ausrutsche, sich aber noch fangen konnte, war das Trottoir und drei Viertel der Fahrbahnbreite mit einer dicken Schicht Baustaub stark verschmutzt (Prot. I S. 30, S. 32, S. 34). Die Vorinstanz hielt den Nachweis für erbracht, dass die E.\_\_\_\_\_strasse und das Trottoir an der Unfallstelle mit einer sichtbaren und damit auch erkennbaren Menge Sand und Staub bedeckt war. Sie erwog, die E.\_\_\_\_\_strasse sei an der fraglichen Stelle rutschiger als eine frisch gewischte Strasse gewesen (Urk. 3 S. 14). Die Beklagte 2 ist der Auffassung, dass die Vorinstanz Art und Umfang der Verunreinigung auf dem Trottoir der E.\_\_\_\_\_strasse korrekt festgestellt hat (Urk. 11 S. 3). Die Beklagte 1 schliesst sich den Erwägungen der Vorinstanz an (Urk. 12 S. 2). Unbestritten blieb, dass die E.\_\_\_\_\_strasse ein Gefälle bzw. eine Steigung aufweist, der Kläger talwärts unterwegs war und somit abschüssiges Gelände herrschte (Urk. 8/38 S. 3, S. 11; Urk. 8/44 und 8/45). Der Zeuge D.\_\_\_\_\_ bestätigte denn auch, dass das Trottoir

"bergabwärts" verlief (Prot. I S. 30, S. 34) und sie "oben" ihre Autos parkiert hatten (Prot. I S. 29).

b) Nicht nur der Kläger, sondern auch der Zeuge D.\_\_\_\_\_ geriet mit seinen Halbschuhen auf der verschmutzten Schicht sofort ins Rutschen (Prot. I S. 30 f.). Ein Trottoir, das an einer abschüssigen Stelle mit Sand und Staub bedeckt ist, bildet eine erhöhte Gefahr für – insbesondere ältere – Fussgänger. Dies anerkennen auch die Beklagten. In der Duplik führte die Beklagte 2 aus, dass fein- oder mittelkörniger Sand (gleich wie andere "Zwischenmedien") auf einer glatten Unterlage wie einem Asphaltbelag oder einem abgeschliffenen Fels, Rutschgefahr bedeute (Urk. 8/44 S. 2 und S. 7). Nach Auffassung des Beklagten 1 hätte der Kläger "die Rutschgefahr" erkennen und ihr ausweichen können (Urk. 8/45 S. 7). Von einer bloss leichten Verschmutzung der Strasse ("besenrein"), mit der ein Verkehrsteilnehmer im Bereich (gekennzeichnet) Baustellen zu rechnen hat, kann vorliegend nicht mehr die Rede sein. Untauglich ist der Einwand der Beklagten 2, sowenig wie Sand auf dem Tennisplatz könne trockener Sand auf einer Baustellenausfahrt als Zustand gewertet werden, der das zu erwartende Mass an Gefahr des Begehens eines Trottoirs übersteige (Urk. 8/44 S. 2). Während roter Sand auf Tennisplätzen ein gewisses Gleiten ermöglichen soll, ist es nicht erwünscht, wenn Fahrzeuge oder Fussgänger auf der Strasse ins Rutschen geraten.

c) Demzufolge ist erstellt, dass Trottoir und Fahrbahn der E.\_\_\_\_\_strasse eine im Sinne von Art. 59 VRV relevante Verschmutzung aufwiesen, die von den die Baustelle verlassenden Fahrzeugen verursacht wurde. Für dieses Szenario sieht Art. 59 VRV als *präventive* Massnahme vor, dass vor Verlassen der Baustelle die Räder zu reinigen sind. Dieser Pflicht, die im genannten E-Mail den Beteiligten in Erinnerung gerufen und konkretisiert worden war (betonierte Wassergrube, Abspritzen der Räder), kam die Beklagte 2 bzw. die für sie handelnden Arbeiter und Hilfspersonen (Art. 55 OR) im hier interessierenden Baustellenbereich unbestrittenermassen nicht nach. Weder installierte sie eine Radwaschanlage (Urk. 8/13 S. 2), noch sorgte sie anderweitig für die (manuelle) Reinigung der Reinigung der Räder. Der Zeuge H.\_\_\_\_\_, Angestellter der Beklagten 2 und Vorgesetzter des für die Reinigung zuständigen Poliers (Prot. I S. 38 f.), erklärte, sei-

ne Vorgesetzten hätten ihm bezüglich Reinigung nichts gesagt, das liege in seiner Kompetenz und sei Teil seiner Aufgaben (Prot. I S. 44). Der Polier habe regelmässig schauen müssen, ob die Strasse verschmutzt gewesen sei; gegebenenfalls habe dieser einem Hilfsarbeiter den Befehl erteilen müssen, mit der Reinigungsmaschine zu fahren und auch zu kontrollieren, ob die Strasse nachher sauber sei (Prot. I S. 40). Indem die Beklagte 2 nicht für die Reinigung der Räder der ausfahrenden Lastwagen besorgt war, hat sie eine Sorgfaltswidrigkeit begangen.

d) In der deutschen Lehre wird darauf hingewiesen, dass keine Haftung aus unerlaubter Handlung (§ 823 BGB) besteht, wenn die an einer Baustelle vorbeiführende Strasse lediglich mit einer dünnen Sandschicht überzogen ist, weil völlige Gefahrenfreiheit mit zumutbarem Aufwand hier nicht erreichbar sei (Staudinger/Hager [2009], § 823 BGB E 242). Dieser Kommentarstelle liegt aber ein Entscheid zugrunde, dessen Sachverhalt mit dem vorliegenden Streitverhältnis nicht verglichen werden kann, indem die regelwidrige Fahrweise des Klägers und nicht die geringfügige Verschmutzung als eigentliche Ursache des Unfalls auf der beschilderten und einige Tage zuvor gereinigten Baustelle erschien (OLG Köln NJW-RR 1990, 862). Zudem sieht § 32 der deutschen StVO keine ausdrückliche Pflicht zur Reinigung der Räder vor. Eine nur oberflächliche Reinigung und das Aufstellen eines Hinweisschildes "Baustelle" erachtet auch die deutsche Rechtsprechung als nicht genügend (Jäger, Heidelberger Kommentar zum Strassenverkehrsrecht, N 29 zu § 32 StVO).

e) Die Beklagte 2 wandte bereits vor Vorinstanz ein, mit einer Radwaschanlage wäre die Baustellenausfahrt durch nassen Restschmutz verunreinigt worden, wodurch sie rutschiger geworden wäre als durch trockenen Staub (Urk. 8/13 S. 2 und S. 4). Die Vorinstanz ist teilweise auf diese Argumentation eingegangen und Sie erwog zudem, eine Radwaschanlage wäre bei nassem Wetter von Nutzen gewesen, hätte aber nichts daran geändert, dass die Fahrzeuge einige Meter auf unversiegeltem Boden fahren und so Staub und Sand auf die Strasse schleppen würden (Urk. 3 S. 19). Diese Begründung trägt nicht. Der Ordnungsgeber hat in Art. 59 VRV bestimmt, welche vorbeugenden und nachträglichen Massnahmen zum Schutz der Fahrbahn zu treffen sind. Gemäss der bereits erwähnten E-Mail

wurde an der Besprechung vom 7. Januar 2005 (der auch ein Mitarbeiter der Beklagten 2 beiwohnte) eine betonierte Wassergrube und das Abspritzen der Räder als zweckmässig taxiert, um für Sauberkeit auf der Strasse bei der unteren Baustellenausfahrt zu sorgen. Im Übrigen ist eine durchgehend mit Erdreich überzogene Strasse (die bei Regen ebenfalls feucht und schmierig wird [Urk. 8/13 S. 8]) einer (vorübergehend) feuchten, aber bloss leicht verschmutzten Fahrbahn nicht vorzuziehen. Die Beklagte hat sodann weder behauptet noch belegt, dass sie (etwa durch eine deutliche und sachgemässe Signalisation [Art. 9, Art. 15 SSV]) für die Warnung der übrigen Verkehrsteilnehmer besorgt gewesen ist. Die Verpflichtung zur Kenntlichmachung sieht Art. 59 VRV für den Fall vor, wenn trotz Reinigung der Räder Restschmutz auf die Fahrbahn gelangt, da – entgegen der Auffassung des Klägers (Urk. 2 S. 12) – vom Bauunternehmen lediglich verlangt wird, möglichst bald (nicht aber sofort bei jeder Ausfahrt eines Lastwagens) für die Reinigung zu sorgen. Auch insofern ist der Beklagten 1 eine Sorgfaltswidrigkeit anzulasten. Die Kenntlichmachung der verschmutzten Stelle hätte sich gerade im Hinblick auf ältere, seh- oder gehbehinderte Fussgänger aufgedrängt. Bei dieser Sachlage kann offen gelassen werden, ob die Beklagte 2 ausreichend und innert angemessener Frist für die Reinigung besorgt war bzw. sie mit den Aussagen des Zeugen H.\_\_\_\_\_ (Prot. I S. 36 ff.) nachzuweisen vermag, dass die Baustellenausfahrt mehrmals täglich gereinigt wurde. In der Regel dürfte ohnehin die Reinigung abends nach Beendigung der Arbeiten genügen. Entgegen der Auffassung des Klägers (Urk. 11 S. 16) kann ständiges Reinigen der Strasse bei jeder Ausfahrt eines Lastwagens nicht gefordert werden. Da die Beklagte 2 die Reinigung der Räder und die Warnung der anderen Strassenbenützer unterliess, muss darauf aber nicht weiter eingegangen werden.

f) Bei Unterlassungen ist zu prüfen, ob nach überwiegender Wahrscheinlichkeit pflichtgemässes Handeln den Schadenseintritt verhindert hätte (BGE 115 II 448, 450; 124 III 165; BK-Brehm, N 56d und N 119 zu Art. 41 OR). Die Beklagten behaupten nicht, der Kläger wäre auch ausgerutscht, wenn die Fahrzeuge die Baustelle mit gereinigten Rädern verlassen hätten und die Fussgänger auf den auf dem Trottoir liegenden Restschmutz deutlich hingewiesen worden wären.

Nach allgemeiner Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass Fussgänger zu vorsichtigerem Gehen veranlasst werden, wenn sie auf die Rutschgefahr aufmerksam gemacht werden. Auch kann davon ausgegangen werden, dass bei bloss geringfügiger bzw. nicht flächendeckender Verschmutzung die Schuhe des Klägers auf der frei gebliebenen Asphaltfläche besser gehaftet hätten. Damit erscheint überwiegend wahrscheinlich, dass der Kläger bei pflichtgemäsem Vorgehen der Beklagten 2 nicht ausgerutscht wäre. Mit dem Hinweis auf den lädierten Zustand des Knies vermögen sich die Beklagten nicht zu entlasten, da auf Trottoirs im Allgemeinen und an der fraglichen Stelle im Besonderen auch mit gehbehinderten Menschen zu rechnen und auch deren Sicherheit zu gewährleisten ist. Nachdem auch der Zeuge D. \_\_\_\_\_ sofort ins Rutschen geriet und sich nur mit Glück auffangen konnte (Prot. I S. 31 f.: "reflexartig gleich ausgerutscht"), erscheint "die vorbestehende Schwächung seines Knies" (Urk. 8/45 S. 4) auch nicht als (hauptsächliche) Sturzursache. Damit ist auch die bei Unterlassungen geforderte hypothetische Kausalität zu bejahen.

g) aa) Die Beklagte 1 brachte in der Duplik und in der Stellungnahme zum Beweisergebnis vor, bei Anwendung der gewöhnlichen Sorgfalt hätte der Kläger die Rutschgefahr erkennen und ihr ohne weiteres ausweichen können (Urk. 8/45 S. 7). Die Beklagte 2 hat keinen entsprechenden Einwand erhoben. Die Vorinstanz hat dem Kläger den Hauptbeweis dafür, dass bei der Begehung des Trottoirs im Bereich der Baustellenausfahrt am 14. Juni 2007 "die äusserst rutschige" Dreckschicht nicht erkennbar war, auferlegt (Urk. 8/51) und im Urteil erwogen, auch in sichtbaren Mengen würden Sand oder Staub nicht zu Verhältnissen führen, die mit Glatteis, ausgelaufenem Öl oder einem aufgeweichten Lehmboden gleichzusetzen wären (Urk. 3 S. 14). Für einen Fussgänger sei erkennbar gewesen, dass die Strasse wegen der Verschmutzung etwas rutschiger gewesen als eine saubere Strasse. Mit etwas Vorsicht wäre die Situation durch den Kläger zu bewältigen gewesen (Urk. 3 S. 18 f.). Damit verneinte die Vorinstanz die Adäquanz der Schädigung resp. bejahte sie ein Selbstverschulden des Klägers, auch wenn sie zuletzt das Ausrutschen des Klägers als eine Verwirklichung "des allgemeinen Lebensrisikos" bezeichnete.

bb) Der Kausalzusammenhang wird sowohl bei der allgemeinen Deliktshaftung als auch bei der Werkeigentümerhaftung nur durch ein schweres Selbstverschulden unterbrochen (BK-Brehm, N 139a zu Art. 41 OR und N 113 ff. zu Art. 58 OR). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist ein – auch leichtes – Verschulden des Klägers infolge Unachtsamkeit vorliegend nicht erkennbar. Der Kläger bewegte sich ordnungsgemäss auf dem Trottoir talwärts. Der Umstand, dass er sich mit dem Zeugen D. \_\_\_\_\_ unterhalten und damit seine Aufmerksamkeit auch der Führung eines Gesprächs gewidmet hat (Prot. I S. 19, S. 31), kann ihm nicht zum Nachteil gereichen. Ein Fussgänger hat an einem trockenen Sommertag (Prot. I S. 29) nicht mit gefährlichen Passagen und einem schlüpfrigen Untergrund zu rechnen. Die Baustellenausfahrt und das verschmutzte Trottoir befanden sich am Scheitel einer relativ engen Rechtskurve und waren erst in der Biegung überhaupt erkennbar. Gerade der Umstand, dass keinerlei Gefahrenquelle signalisiert war, konnte den Kläger darin bestärken, dass mit keiner Rutschgefahr zu rechnen war (sog. Vertrauensgrundsatz; Art. 26 Abs. 2 SVG). Die Rutschfestigkeit des abgelagerten Materials war für den Kläger auch nicht voraussehbar. Sowohl der Kläger als auch der Zeuge D. \_\_\_\_\_ sind nach Betreten der Schmutzschicht sofort ins Rutschen gekommen. Zudem war auch die Fahrbahn zu einem erheblichen Teil verschmutzt, so dass – wenn überhaupt – ein grossräumiges Ausweichen (Prot. I S. 32, S. 34) nötig gewesen wäre, wobei aber gleichzeitig in Erinnerung gerufen werden muss, dass die Fussgänger auch bei schlechtem Zustand des Trottoirs grundsätzlich nicht auf die Strasse ausweichen dürfen (BGE 63 II 339; Giger, Komm. SVG, N 8 zu Art. 49 SVG). Dem Kläger kann kein Vorwurf gemacht werden, wenn er sich auf die Schmutzschicht begeben hat. Weitere Anzeichen, die ihn hätten misstrauisch machen müssen, und weitere Alternativen, die das Ausgleiten verhindert hätten, bestanden nicht. Ein Zuwarten, bis der Polier oder ein anderer Arbeiter auf die Situation aufmerksam wird und das Trottoir vom Schmutz befreit, konnte vom Kläger vernünftigerweise nicht erwartet werden.

cc) Zwar darf der *Werkeigentümer* vom Fussgänger ein insofern vorsichtiges Verhalten verlangen, als von diesem erwartet werden kann, von Zeit zu Zeit einen Blick auf den von ihm begangenen Boden zu werfen (BGE 44 II 190). Auf offenba-

re, kleine und für ihn leicht vermeidbare Risiken hat der Benützer eines Werks zu achten (BK-Brehm, N 88 zu Art. 58 OR). Bei untergeordneten Gefahren oder anderen sichtbaren Unvollkommenheiten darf ein entsprechend höheres Mass an Aufmerksamkeit verlangt werden (BK-Brehm, N 85 zu Art. 58 OR). Andererseits dürfen die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht insbesondere älterer Fussgänger nicht überspannt werden (BK-Brehm, N 209 und N 226 zu Art. 58 OR). Für den Kläger war die Beschaffenheit und Rutschfestigkeit des verschmutzten Trottoirs nicht ohne weiteres erkennbar. Dies übersieht die Beklagte 1, wenn sie geltend macht, die Werkein- und -ausfahrt müsse auch für Fussgänger gut erkennbar gewesen sein, erst recht für den Kläger als langjährigen Sanitär-/Lüftungsunternehmer (Urk. 8/94 S. 3). Die Begehung des mit Schmutz überzogenen Trottoirs kann weder als unvernünftig noch als leichtfertig bezeichnet werden. Solcherart wäre etwa ein Verhalten zu bezeichnen, wenn ein Fussgänger am helllichten Tag in ein gut sichtbares Loch fällt. Das Trottoir selbst befand sich nicht in Erstellung oder im Reparaturzustand. Es hat sich insofern kein unvermeidbares Risiko verwirklicht, das etwa dort angenommen wurde, wo sich auf einem – deutlich als im Bau befindlich erkennbaren – Strassenstück ein Unfall mit einem Lastwagen ereignete und nur die an den Arbeiten Beteiligten zum Befahren der Baustelle befugt waren. In einem solchen Fall hat das Bundesgericht den Unternehmer, nicht aber den Werkeigentümer, der nicht über die im Bau befindliche Sache verfügen konnte und sich nicht mit der Organisation der Arbeit beschäftigte, für haftbar erklärt (BGE 95 II 234 = Pra 59 [1970] Nr. 45, S. 152). Diese Konstellation liegt hier nicht vor. Das Trottoir lag ausserhalb der Baustelle, konnte von jedermann begangen werden und befand sich in einem vorschriftswidrigen Zustand, der über blosser Unebenheiten oder Vertiefungen von einigen Zentimetern hinausging. In diesem Zusammenhang ist nochmals daran zu erinnern, dass der Zeuge D.\_\_\_\_\_ eine Parallele zu Rollgerste zog (Prot. I S. 35). Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das Trottoir im Zeitpunkt der Begehung durch den Kläger bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt eine Gefahr für die Fussgänger darstellte. Die Stadt Zürich ist für den Unterhalt (Reinigung) der E.\_\_\_\_\_strasse verantwortlich geblieben (§§ 25 ff. StrG), was bereits die Vorinstanz festgestellt hat und unangefochten geblieben ist (Urk. 3 S. 17 f.). Dasselbe gilt für die Signalisation (Art. 80

Abs. 1, 81 Abs. 1, 104 Abs. 5 lit. c und 105 Abs. 1 SSV). Damit ist nur noch zu prüfen, ob die Beklagte 1 nach den zeitlichen, technischen und finanziellen Gegebenheiten ihre Unterhaltspflicht erfüllt hat. Dabei dürfen die Anforderungen an diesen – von Art. 58 OR an sich gar nicht vorgesehenen – Sorgfaltsnachweis nicht zu tief angesetzt werden, da im Gegensatz zur Winterglätte, die überraschend und an unvorhersehbaren Stellen auftreten kann, das Gemeinwesen über eine genaue Übersicht der in seinem Kompetenzbereich eingerichteten Baustellen verfügt bzw. verfügen muss. Analog der Bestimmungen von Art. 55 und Art. 56 OR schliesst das zu fordernde Verhalten Sorgfalt in der Überwachung / Beaufsichtigung mit ein.

5. a) Die Beklagte 1 führte vor Vorinstanz aus, die E.\_\_\_\_\_strasse sei einmal wöchentlich gereinigt worden (Urk. 8/21 S. 4). Es hätten keine temporären Verkehrsbeschränkungen bestanden, der Gehweg sei zum üblichen, öffentlichen Gebrauch offen gestanden (Urk. 8/45 S. 6). Sie habe die Zuständigkeit und Verantwortung für die ordentliche, störungsfreie Abwicklung des Baustellenverkehrs mit Bauentscheiden vom 25. Mai 2004 und 19. Dezember 2006 (Urk. 8/46/1+2) auf die Bauherrschaft der Grossbaustelle, die F.\_\_\_\_\_AG, übertragen. Dementsprechend habe sich ihre Haftung im Bereich der Baustelle verringert. Die Bauherrschaft sei insbesondere verpflichtet gewesen, möglichst kurze Lastwagen-transportdistanzen zu wählen und Bauabfälle möglichst zu vermeiden. Gemäss Bauentscheid seien die Bauabfälle auf der Baustelle zu trennen gewesen, u.a. nach der Kategorie "Unverschmutzter Aushub". Das Transportdispositiv sei durch die Dienstabteilung Verkehr zu bewilligen gewesen. Die Bauarbeiten an der E.\_\_\_\_\_strasse seien Gegenstand eines separaten Strassenprojektes gewesen. Über den Zustand des öffentlichen Grundes sei ein Protokoll zu erstellen und die Wiederherstellung beschädigter Bestandteile des öffentlichen Grundes sei auf Kosten der Bauherrschaft sicherzustellen gewesen. Die Einrichtung der Baustelle sei durch das Büro für Bauzwecke zu bewilligen gewesen, soweit öffentlicher Grund benutzt worden sei. Die Bauherrschaft habe die zuständige Person für Arbeitssicherheit speziell zu bezeichnen gehabt. Die Bauherrschaft sei überdies förmlich verpflichtet worden, massgebende Gesetze und Verordnungen einzuhal-

ten, wozu fraglos die Pflicht gehöre, im Falle übermässiger Verschmutzung die Reinigung des öffentlichen Grundes zu besorgen. Diese öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen der Bauherrschaft seien bereits in den anfänglichen "Stammbewilligungen" für das F.\_\_\_\_\_ Hotel enthalten gewesen (Urk. 8/45 S. 3 f.).

b) Die einschlägigen Bestimmungen der Strassenverkehrsgesetzgebung sind bereits erwähnt worden. Für die Reinigung einer übermässig verschmutzten Strasse ist der Verursacher überdies nach § 27 Abs. 1 StrG verantwortlich. Art. 11 Abs. 1 der stadtzürcherischen Vorschriften über die vorübergehende Benützung des öffentlichen Grundes zu Sonderzwecken gewerblicher, baulicher und gemeinnütziger Art vom 16. Juni 1972 (VBöGS) sieht vor, dass der Bauherr die Umgebung der Baustelle in gereinigtem Zustand halten muss. Bei der Ausführung von Bauarbeiten ist jedermann verpflichtet, alle zumutbaren baulichen und betrieblichen Massnahmen zu treffen, um die Einwirkung auf die Umgebung möglichst gering zu halten, wobei diese Vorkehren in zeitlich und sachlich angemessener Weise der technischen Entwicklung anzupassen sind (§ 226 Abs. 1 und 4 PBG). Im Rahmen der Baubewilligung haben die Behörden die erforderlichen Auflagen festzulegen; sie sind verpflichtet, die geeigneten Massnahmen zu treffen, um den gesetzmässigen Zustand herzustellen (Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 415). Es trifft zu, dass die Bauherrschaft in den Baubewilligungen in allgemeiner Form verpflichtet wurde, Gesetze und Verordnungen zu beachten (Urk. 8/46/1 S. 21 und 8/46/2 S. 33). Die Beklagte 1 legt aber nicht dar, welche konkreten Anordnungen im Transportkonzept, im Strassenprojekt und in der Bewilligung für die Errichtung der Baustelle getroffen worden sind, um die Reinigung bzw. Reinhaltung der Baustelle bzw. Baustelleneinfahrt zu gewährleisten. Die im Januar 2005 für die untere Baustellenausfahrt angeordneten Massnahmen (Urk. 8/4/9) können auch kaum für die obere Baustellenausfahrt, die der Realisierung des mit separater Entscheid vom 19. Dezember 2006 bewilligten Bauvorhabens diene (Prot. I S. 40), Gültigkeit beanspruchen. Nachdem die Beklagte 1 in der Klageantwort noch ausführte, im Zeitpunkt des Unfalls sei der Trottoirbereich vor der Grossbaustelle für den Fussgängerverkehr gesperrt gewesen (Urk. 8/21 S. 4), räumte sie in der Duplik ein,

dass im Juni 2007 bei der Unfallstelle keinerlei vorübergehenden Verkehrsanordnungen verfügt waren (Urk. 8/45 S. 6; vgl. Art. 3 lit. b der Städtischen Signalisationsvorschriften).

c) Das kantonale (§ 327 PBG) und – soweit ersichtlich – das kommunale Recht regeln die Häufigkeit und das Ausmass der Überwachung und Kontrolle von Baustellen nicht. Die städtische Gebührenordnung für das Baubewilligungsverfahren vom 4. Dezember 2002 setzt in Art. 19 die Baustellenkontrolle aber voraus. Allgemein sieht § 27 Abs. 1 StrG die Reinigung auf Kosten verantwortlicher Dritter vor, die der Pflicht zur Reinigung verschmutzter Strassen nach schriftlicher Abmahnung nicht nachkommen. Auch dies setzt eine gewisse Kontrolle durch die zuständige Behörde voraus. Zwar sind Baustellen nicht täglich zu überwachen (Weissenberger, a.a.O., N 4 zu Art. 4 SVG, mit Verweis BGE 6B\_15/2007 Erw. 5.5.2.2). Die Beklagte 1 hat aber offenbar nicht (auch nicht im Sinne einer Stichkontrolle) überprüft, ob die Baustelle den gesetzlichen Anforderungen (insbesondere Art. 59 VRV) bzw. den in den Baubewilligungen und weiteren Bewilligungen (allenfalls) gemachten Auflagen genügt. Jedenfalls behauptet sie nicht, sie habe kontrolliert, dass und wie die Räder der Fahrzeuge gereinigt werden, und abgeklärt, ob eine Warnung der übrigen Verkehrsteilnehmer angezeigt und gewährleistet ist. Die Gewährleistung der Sicherheit der Baustellen durch eine entsprechende Kontrolle kann für die Beklagte 1 weder in zeitlicher, noch technischer und finanzieller Hinsicht als unverhältnismässig bezeichnet werden, zumal die Kosten überwältigt werden können (Art. 19 der Gebührenordnung für das Baubewilligungsverfahren der Stadt Zürich). Die wöchentliche Strassenreinigung durch "Entsorgung und Recycling Zürich" stellt keine solche Kontrolle dar und hat offenkundig die Verschmutzung des Trottoirs im hier massgebenden Zeitpunkt nicht verhindern können. Da es Sache der Beklagten 1 ist, den Sorgfaltsnachweis zu leisten, kann sie im Rahmen von Art. 58 OR auch nicht geltend machen, sie habe sich darauf verlassen dürfen, dass die Bauherrschaft und Vertragspartner für hinreichende Sauberkeit sorgen würden (Urk. 8/45 S. 7). Die Unterhaltspflicht der Beklagten 1 besteht unabhängig von den die Bauherrschaft und die Bauunternehmen treffenden Pflichten. Der Beklagten 1 gelingt der Nachweis, dass sie alle

ihr zumutbaren Massnahmen für Unterhalt, Überwachung und Kontrolle ergriffen hat, nicht. Das Trottoir war mangelhaft unterhalten, wofür die Beklagte 1 einzustehen hat (Art. 58 OR).

6. Der Beklagten 1 ist mangelhafter Unterhalt im Sinne von Art. 58 OR und der Beklagten 2 eine Schutznormverletzung und damit Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 OR vorzuwerfen. Bei dieser Sach- und Rechtslage ist das angefochtene Urteil aufzuheben und das Verfahren zur Prüfung der weiteren Haftungsvoraussetzungen und gegebenenfalls zur Festsetzungen von Schaden und Genugtuung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

#### IV.

Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens ist lediglich eine Entscheidgebühr festzusetzen. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 22. Dezember 2010 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein.
5. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Vorentscheid im Sinne von Art. 92 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 35'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 18. Januar 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am: